

FERNANDO LUIS TELES CARNEIRO MONTEIRO

**O SUPREMO TEM A PRERROGATIVA DE ERRAR POR ÚLTIMO? Sobre a
legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas**

BRASÍLIA

2014

FERNANDO LUIS TELES CARNEIRO MONTEIRO

O SUPREMO TEM A PRERROGATIVA DE ERRAR POR ÚLTIMO? Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do título de bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília

Orientadora: Professora Marilde Loiola de Menezes

BRASÍLIA

2014

O SUPREMO TEM A PRERROGATIVA DE ERRAR POR ÚLTIMO? Sobre a legitimidade e funcionalidade de juízes tomando decisões políticas

Monografia apresentada como pré-requisito para a obtenção do título de bacharel em Ciência Política pela Universidade de Brasília

PROFESSORA MARILDE LOIOLA DE MENEZES
(Universidade de Brasília)

PROFESSORA GRAZIELA TEIXEIRA
(Universidade de Brasília)

BRASÍLIA
2014

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos professores que plantaram em mim a paixão pela teoria e filosofia políticas, cuja contribuição à minha curiosidade intelectual é imensa e fundamental.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha mãe, pela educação dada e que por vezes vi como controversa, mas que é responsável por muitas das qualidades que humildemente reconheço em minha personalidade.

Agradeço aos amigos de curso, que nos últimos quatro anos concorreram – e por vezes venceram – com as salas de aula no quesito aprendizagem, com conversas produtivas e inquietantes, ainda que informais na maior parte do tempo.

Agradeço especialmente aos amigos da pesquisa “Análise Etnográfica do Poder Judiciário”, do grupo de pesquisa CIVES – Cidadania, identidades e valores políticos, do Instituto de Ciência Política da UnB, sobretudo à professora Marilde Loiola de Menezes, que me orientou neste trabalho, e à professora Graziela Teixeira. Sem a pesquisa realizada com eles e às contribuições acadêmicas de seus comentários, este trabalho certamente não seria possível.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo abordar diferentes argumentos acerca da legitimidade da tomada de decisão política por juízes não-eleitos. A partir da busca por fundamentos para esse fenômeno, se encaminha para uma tentativa de diagnóstico do caso brasileiro nesse contexto.

Palavras-chaves: jurisdição constitucional, juízes, legitimidade, política, constituição, direitos

ABSTRACT

This work aims to approach different arguments about the legitimacy of political decision-making by non-elected judges. From the search for foundations for this phenomenon, is moving for a tentative diagnosis of the Brazilian case in this context.

Keywords: judicial review, judges, legitimacy, politics, constitution, rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 – Jurisdição constitucional: uma das raízes do entrelaçamento entre Direito e Política.....	10
2 – Política na Suprema Corte: a percepção de Robert Dahl.....	20
3 – Dworkin vs. Waldron: a jurisdição constitucional pode ser legítima mesmo diante do fato de que os juízes tomam decisões políticas?.....	27
3.1.1 – A jurisdição constitucional legitimada como um fórum do princípio.....	30
3.2 – Jeremy Waldron e a essência da oposição ao <i>judicial review</i>	33
3.2.1 – E quanto ao terror da tirania da maioria?.....	37
4 – CONCLUSÕES.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

INTRODUÇÃO

Rui Barbosa, um dos personagens mais importantes da história política e jurídica brasileiras, afirmou, em discurso proferido quando senador, da tribuna parlamentar, em 29 de dezembro de 1914, que “o Supremo tem a prerrogativa de errar por último”. Referia-se ele à última palavra em interpretação constitucional, concedida, de acordo com nosso modelo jurídico-formal, inspirado num paradigma de Estado muito disseminado nas democracias atuais, à última instância do Poder Judiciário ou ao tribunal constitucional maior; no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. A frase tem muito de resignação, mas também de provocação, ao menos intelectual.

Nos últimos anos, o STF tem alcançado imensa relevância midiática, o que se deve especialmente a questões tradicionalmente políticas, e portanto envolvendo intensa disputa ideológica, decididas pelo tribunal. É comum que se pergunte se onze juízes não eleitos pelo povo podem decidir sobre política num país democrático. A indagação intuitiva assume, no debate teórico, filosófico e acadêmico, a forma de investigações sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. É um debate amplo e que abarca desde defensores do poder político dos juízes, passando pelos que defendem uma revisão judicial contida, até os críticos da primazia da constituição.

O que se pretende neste trabalho é penetrar nesse debate a partir da observação do fenômeno da judicialização da política, expressão inserida nas ciências sociais e no Direito por Tate e Vallinder (1995). É daí que parte o problema: apesar das diversas teorias que legitimam teórica e filosoficamente a jurisdição constitucional, seu resultado mais relevante no âmbito político, a judicialização, isto é, juízes decidindo sobre questões políticas, mostra-se compatível com a democracia?

1 – Jurisdição constitucional: uma das raízes do entrelaçamento entre Direito e Política;

Este trabalho se propõe a seguinte questão inicial, em sua forma mais superficial: é legítimo que juízes tomem decisões políticas? É uma pergunta que compôs uma série longa e intensa de questionamentos quanto à legitimidade do chamado “controle jurisdicional de constitucionalidade” – ou jurisdição constitucional, como se chamará aqui em alguns momentos – principalmente desde meados do século passado.

O debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional teve e tem, até hoje, tanto no meio acadêmico como na política cotidiana, de lidar, inevitavelmente, a despeito de respostas bastante esforçadas, com uma lista considerável de argumentos que contestam esse modelo institucional. Pretende-se apresentar alguns desses argumentos – aqueles considerados os principais e mais relevantes – ao longo das seções, mas antes será preciso compreender a natureza e a essência de ideias como a primazia da constituição e a prerrogativa dos tribunais de concretizá-la a partir da revisão judicial de atos tidos como legislação ordinária, inferior ao texto constitucional.

A primeira afirmação prática da constituição como superior à lei aprovada em circunstâncias comuns e de juízes tendo a função e o poder de interpretar essa relação e, se necessário, anular a norma que infringe determinações constitucionais veio com o juiz Marshall, no famoso caso *Marbury v. Madison*¹, com uma argumentação simples, mas muito forte: a Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. É assim que Dworkin (2000, p. 41) descreve a fundamentação da decisão que, segundo ele, afastou a possibilidade de que a prática constitucional norte-americana desconsiderasse o controle jurisdicional de constitucionalidade.

De fato, a existência institucional da jurisdição constitucional não se mostra absolutamente necessária à consolidação de uma democracia, mesmo das que são baseadas em teorias que comportam direitos individuais contra a maioria, e existem países reconhecidos pelo respeito aos direitos individuais e aos princípios

¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

democráticos que não adotam esse modelo². Não se tem a intenção de abordar diretamente, aqui, essas exceções e o que elas significam de forma profunda. O foco final será no caso brasileiro, mas para compreendê-lo exige-se certa visita teórica e histórica aos motivos que aparentemente levaram nosso modelo estatal de decisão a reservar um espaço privilegiado aos tribunais no âmbito da interpretação constitucional, juntamente, evidentemente, com a absoluta primazia da constituição no sistema jurídico.

Os direitos constitucionais configuram o que Ernesto Garzón Valdés chamou de *coto vedado*³, excluído da negociação e do compromisso parlamentar (GARZÓN VALDÉS apud MORESO, 2013, p. 169). A tese do *coto vedado* tem boa justificação numa formulação de Jon Elster, muito bem resumida por Moreso (pp. 177-8):

“Jon Elster elaborou a analogia entre determinados mecanismos por ele denominados de racionalidade imperfeita – de caráter individual – e o caso do paradoxo da democracia. O exemplo usado por Elster é aquele de Ulisses e as sereias. Como é conhecido, Ulisses, sabendo-se incapaz de comportar-se racionalmente quando escutava os cantos das sereias, mas querendo igualmente satisfazer seu desejo de escutar aqueles cantos, idealizou uma

² Cf. WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Org. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Waldron cita o exemplo da Declaração de Direitos da Nova Zelândia, que proíbe os tribunais de deixar de aplicar qualquer lei promulgada em razão de norma que seja entendida como incompatível com qualquer disposição da Declaração. E também o exemplo canadense, descrito por ele como caso intermediário (nem forte, nem fraco, em sua terminologia) de controle de constitucionalidade, em que existe uma disposição para a revisão de legislação pelos tribunais, mas predomina pedido expresso, se houver, do texto legal ordinário para que esse exame judicial seja isolado.

³ Transcreve-se a seguir nota da tradutora do mencionado ensaio de José Juan Moreso: “Esclarecemos que a expressão castelhana ‘*coto vedado*’ originalmente criada por Ernesto Garzón Valdés, possui, segundo o Dicionario de la Real Academia Española, 21ª edição, o seguinte significado: ‘coto: (Del Lat. Cautus, defendido) m. Terreno acotado (...) Término, limite (...) Mandato, precepto (...). Os direitos fundamentais constitucionais configuram o que Ernesto Garzón Valdés chamou de *coto vedado*, aquela esfera excluída da negociação e dos acordos parlamentares posteriores a promulgação da Carta. Segundo suas palavras, o *coto vedado* ‘garante o exercício da autonomia pessoal, sem intervenção do Estado [...] protege o âmbito da privacidade’ e apresenta, ademais, dois aspectos basilares ‘a proibição de politizar o não negociável e a exigência de assegurar politicamente a realização efetiva dos direitos que tenta proteger’. A expressão castelhana ‘*coto vedado*’ pode ser traduzida como ‘esfera do não decidível’ ou ‘esfera vedada a decisões’. Cabe lembrar que Luigi Ferrajoli utiliza a expressão ‘esfera do não decidível’ com sentido mais amplo daquele proposto por Garzón Valdés, pois para o professor italiano ela se articula em dois hemisférios: 1) do não decidível que: coincidente com a proibição de limitar ou suprimir os direitos de liberdade, e 2) do não decidível que: coincidente com a obrigação dos poderes políticos e, conseqüentemente, do poder político da maioria, de introduzir as específicas e idôneas garantias legislativas para os direitos fundamentais e, especificamente, para os direitos sociais. A este respeito ver GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Teoría Política*, Madrid, v. 14, n. 2, pp. 3-33, 1998.”

estratégias que consistia em fazer com que os marinheiros do seu barco o amarrassem junto ao mastro, tapando-lhe os ouvidos com cera. Ulisses não era completamente racional, pois um ser racional não necessitaria apelar para esse recurso. Mas tampouco era um instrumento passivo e irracional dos seus vulneráveis caprichos e desejos, pois era capaz de alcançar, através de meios indiretos, o mesmo fim que uma pessoa racional poderia alcançar de maneira direta. Sua situação, de ser vulnerável, e saber-se tal, é o que o impulsionava a criar instrumentos de racionalidade imperfeita com o objetivo de superar a própria fragilidade da vontade. [...] Esse mecanismo de Ulisses é um mecanismo de 'pré-compromisso', um modo de vincular-se a si mesmo."

O *coto vedado* seria, então, um mecanismo de racionalidade imperfeita. Como quem pretende parar de fumar e pede que afastem os cigarros de si, um povo promulga uma Constituição e cria mecanismos institucionais para que seu poder majoritário seja limitado por ela. A primazia da constituição significa que se escolheu, ao menos supostamente a partir de profunda reflexão, determinar uma lista de princípios e regras que não podem ser modificados pela legislação ordinária, comum da política cotidiana e que nem sempre vem acompanhada da séria e paciente discussão dos momentos de exercício do poder constituinte originário. É como Ulisses que, prevendo um momento de eventual déficit de racionalidade, pede para ser amarrado, evitando atitudes que o coloquem em risco no futuro.

A necessidade de garantir os direitos isolados no *coto vedado* exigiu a implementação de ferramentas para anular aquilo que os fere. É como argumenta Hans Kelsen:

"[...] como prova a história constitucional, a responsabilidade ministerial não é um meio muito eficaz, e mesmo as outras garantias pessoais são igualmente insuficientes pois não atingem a força obrigatória do ato irregular, em particular da lei inconstitucional. Dado esse estado de coisas, é difícil dizer até mesmo que a Constituição seja uma garantia: *ela só o é verdadeiramente quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível.*" (KELSEN, 2003, p. 149, grifo meu)

Kelsen não por acaso é considerado o grande mentor dos tribunais constitucionais europeus. Numa exposição na sessão de outubro de 1928 do Instituto

Internacional de Direito Público⁴, condensou seu tratamento do problema da jurisdição constitucional, apresentando, primeiramente, a natureza jurídica dessa garantia e, em seguida, buscando os melhores meios de concretizá-la (ibid., p. 123).

Como Kelsen sugere, uma noção clara de Constituição leva à construção e validação de uma teoria da estrutura hierárquica da ordem jurídica (ibid., p. 130). Refere-se a esta questão como “o problema jurídico da regularidade”, de modo que a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais (ibid., pp. 123-124), isso significa que a garantia jurisdicional da Constituição remete ao tema da criação e aplicação do direito, com a função de tornar esse processo regular. Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente as etapas típicas da formação da vontade coletiva no Estado moderno, de modo que em cada fase há criação do direito em relação ao nível inferior e aplicação em relação ao nível superior (ibid., p. 125). Em palavras mais simples e diretas: tal hierarquia é interessante porque permite que os níveis de legitimidade e poder de cada processo de formação da vontade coletiva sejam respeitados na prática; ou seja, um ato administrativo de um agente público obviamente não deve ter o poder de contrariar o que diz uma lei ou regulamento aprovado no parlamento, assim como o parlamento em função ordinária não pode ignorar as determinações constitucionais.

Ao expor as garantias gerais que a técnica jurídica moderna desenvolveu quanto à regularidade dos atos estatais, Kelsen faz a distinção entre preventivas ou repressivas e objetivas. Quanto às preventivas, afirma que tendem a evitar a produção de atos irregulares, o que é complementado pelas repressivas, que reagem contra o ato irregular uma vez produzido e tendem a impedir sua renovação no futuro, a reparar o dano que ele causou, a fazê-lo desaparecer e, eventualmente, a substituí-lo por um ato regular (ibid., p. 139). Expressam-se principalmente quando a autoridade que cria o direito organiza-se em tribunal, de modo a corrigir com vistas à regularidade os atos de seu próprio órgão, de modo independente.

Já as garantias objetivas são a nulidade ou a anulabilidade do ato irregular, e têm um caráter repressivo acentuado, já que, no primeiro caso, determinam que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma

⁴ Cf. *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, 1929, Presses Universitaires de France.

jurídica de grau superior lhe prescreve. Um ato nulo é, portanto, inexistente do ponto de vista jurídico, não havendo a necessidade de um outro ato jurídico para anulá-lo; esse é o caso da anulabilidade (ibid., pp. 140-1).

É evidente, como sugere Kelsen, que a questão da regularidade ou da irregularidade dos atos das autoridades não deve ser decidida pura e simplesmente pelo cidadão ou pelo órgão estatal a que estes se dirigem pedindo obediência, mas pela própria autoridade que produziu o ato cuja regularidade é contestada (remetendo ao caso das garantias preventivas ou repressivas), ou por uma outra autoridade cuja decisão é provocada por meio de um procedimento determinado (ibid., p. 141). E ele entende que, para garantir da melhor forma a regularidade, tal procedimento tem de se fechar o máximo possível a interpretações distintas por tribunais diferentes, restringindo o controle, portanto, a uma autoridade única, de modo que não seja necessário limitar essa atividade à anulação do caso concreto, tornando possível o sistema da anulação total, ou seja, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada, o que é um forte argumento a favor de um tribunal supremo⁵ (ibid., p. 145).

Outro argumento kelseniano central para a necessidade da jurisdição constitucional é o fato de que, se desejamos a garantia da Constituição, não podemos confiar a tarefa de anular atos irregulares ao – ou apenas ao – próprio órgão que os produziu, especialmente quando se trata do parlamento:

“Seria uma ingenuidade política contar que ele anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita.

⁵ Sendo fiel à argumentação kelseniana: “na maior parte dos casos eles [os tribunais] não podem examinar a regularidade, isto é, a constitucionalidade das leis sob todos os aspectos, mas apenas verificar a regularidade da publicação da lei; por conseguinte não podem declinar sua aplicação no caso concreto, salvo em razão de uma irregularidade cometida nessa publicação. Os defeitos e a insuficiência de uma anulação assim limitada ao caso em exame são evidentes. Disso resulta, antes de mais nada, a falta de unidade das soluções e a insegurança do direito daí resultante, que se faz sentir desagradavelmente quando um tribunal se abstém de aplicar um regulamento ou mesmo uma lei por considerá-los irregulares, quando outro tribunal faz o contrário e quando é vedado às autoridades administrativas recusar a aplicação da norma, se também forem chamadas a intervir. A centralização do poder de examinar a regularidade das normas gerais certamente se justifica sob todos os aspectos. Mas se se decide confiar esse controle a uma autoridade única, torna-se possível abandonar a limitação da anulação ao caso concreto e adotar o sistema da anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada. É óbvio que um poder tão considerável só pode ser confiado a uma instância central suprema.” (KELSEN, 2003, p. 144-5)

Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma *jurisdição ou um tribunal constitucional*” (ibid., p. 150, grifo meu)

É importante lembrar que Kelsen é considerado por muitos, não raro com alguma razão, uma espécie de teórico suprasumo do positivismo jurídico. Uma consequência dessa inspiração para sua defesa da jurisdição constitucional é que ele não aceita de modo algum a objeção baseada na incompatibilidade desta instituição com a soberania do Parlamento. Entende simplesmente que não se pode falar em soberania de um órgão estatal particular, porque a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal (ibidem), sendo a legitimidade da anulação dos atos do Parlamento da mesma origem que o poder dado a ele: o direito positivo⁶. Outro ponto para o qual Kelsen chama atenção é a forma como o processo legislativo lida com a Constituição: “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais” (ibid., p. 151), evidenciando, pois, a necessidade de uma instância externa ao órgão legislativo para controlar seus atos.

Em outra resposta a uma objeção, Kelsen desconstrói a ideia de que a jurisdição constitucional fere o princípio da separação dos poderes. Essa objeção é comum e em sua fórmula mais simplificada afirma que juízes decidindo de modo a limitar o parlamento é uma usurpação do poder legislativo pelo judiciário. Sua resposta é ousada: entende que, considerando que anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, declara que um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo; sendo assim, trata-se de uma repartição desse poder entre dois órgãos, não havendo o que se falar em separação de poderes (ibid., p. 152). Considera, não obstante, a hipótese da atuação do tribunal ser vista como intromissão no poder legislativo, o que é logo refutado:

“Ora, nesse caso, não se costuma falar de violação do princípio da separação dos poderes, como, por exemplo, quando nas Constituição das monarquias

⁶ Em seções posteriores serão apresentados argumentos que com motivos fortes desconsideram essa premissa, atribuindo critérios de legitimidade democrática que carregam de complexidade a questão.

constitucionais a legislação é confiada em princípio ao Parlamento em conjunto com o monarca, mas em certas hipóteses excepcionais o monarca, em conjunto com os ministros, tem o direito de editar decretos que derogam as leis. Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio, função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão ‘divisão dos poderes’ traduz melhor que a de separação, isto é, a ideia da repartição do poder entre diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só órgão – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também, para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele” (ibidem).

Jürgen Habermas lembra ainda outra resposta de Kelsen:

“Uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito, a qual esteja acima dessa oposição, impossibilitada ela mesma de exercer poder, a qual divide essencialmente a constituição entre o governo e o parlamento. Isso confere inevitavelmente um certo poder a tal instância. Porém o fato de atribuir a um órgão o simples poder de controlar a constituição não é o mesmo que fortalecer ainda mais o poder de um dos portadores principais do poder, conferindo-lhe o controle da constituição” (KELSEN apud HABERMAS, 1997a, p. 302)

Esta última visão apresentada é endossada por Kelsen em outros momentos, em variadas proposições sobre a função uniformizadora do tribunal das soluções de conflitos, sobretudo entre os Estados e a União, ou entre parlamento e governo. Ele atesta a necessidade de uma instância objetiva que decida essas lutas de modo pacífico, de um tribunal ao qual esses litígios possam ser levados como problemas de ordem jurídica e decididos como tal (KELSEN, 2003, p. 183). Conclui o argumento com a analogia de que se a jurisdição internacional é para evitar guerras entre os

Estados nacionais, decidindo de forma unívoca sobre conflitos entre eles; a jurisdição constitucional, da mesma forma, é para garantir a paz política dentro do Estado sobre a qual a respectiva constituição tem validade (ibid., p. 186).

A acepção demasiadamente procedimental e impregnada pela vanglória ao direito positivo não impediu Kelsen de reconhecer especial substância da jurisdição constitucional: seu caráter de proteção das minorias. É evidente que tal qualidade pode ser em muitos momentos duvidosa, sob contextos diversos em que se possa ter uma Constituição isolada de uma teoria da justiça que reconheça direitos contramajoritários. Mas em sua essência a proposição faz muito sentido porque seu argumento é convincente:

“Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela [a jurisdição constitucional] é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. [...] *A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria*” (ibid., p. 182, grifo meu)

Este argumento tem um apelo especial porque, de fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria contra a maioria. Essa proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares (KELSEN apud CARVALHO, 2007, p. 169).

A advocacia kelseniana pela jurisdição constitucional torna-se verdadeiramente controversa quando se aproxima de formulações acerca da relação entre os tribunais constitucionais e a política. Kelsen entende que o alerta de que os juízes podem usurpar a função legislativa é um falso alerta: “[...] na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em conta quando se trata da anulação das leis” (KELSEN, 2003, p. 153). Para ele, a anulação de uma lei considerada inconstitucional seria apenas a aplicação da Constituição e, portanto, da lei maior, não configurando atividade próxima da que exerce o legislador comum em sua condição de criatividade ampla do direito. Dessa visão surge a distinção entre legislador positivo, aquele que está preso apenas pela Constituição e abaixo dela pode criar de modo consideravelmente livre; e legislador negativo, a autoridade responsável pela jurisdição constitucional, com atividade absolutamente determinada pela Constituição. Mesmo Kelsen não nega que a atividade jurisdicional é em alguma medida criação do direito, mas o é numa proporção infinitamente menor do que podem fazer os órgãos efetivamente legislativos⁷.

O problema do entrelaçamento entre direito e política, que parece intrínseco à ideia da jurisdição constitucional, não passou despercebido por Kelsen, apesar das limitações que sua visão demasiadamente jurídico-formal podem conter. Ele parecia percebê-lo muito bem, na verdade: “É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional” (ibid., p. 154). Porém, ao tentar equacionar a questão, alcança apenas enunciados normativos um tanto vazios, já que dizer que um tribunal “deve cumprir uma missão juramente jurídica” (ibidem) não expõe muito sobre que mecanismos institucionais são capazes de garantir isso, a despeito da possibilidade de eventual má fé de um juiz com pretensões políticas. Diante dessa ausência de saída, chega a levantar a sugestão de que, se o perigo de contaminação da jurisdição pela política for particularmente grande, pode ser preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima e aberta, fornecendo uma parte das vagas dos tribunais por eleições, levando-se em conta a força relativa dos partidos (ibidem),

⁷ Em sentido formal, a atividade da jurisdição constitucional não é criação livre do Direito, assim como a do legislador. É, na verdade, meramente aplicação das normas da Constituição. O legislador negativo apenas impede a violação das determinações constitucionais. Será que isso é particularmente verdade quando uma suprema corte alcança legitimidade política suficiente para contrariar claramente o texto constitucional? É uma hipótese que ainda será analisada ao longo deste trabalho.

ou métodos afins. É uma solução sincera, mas no mínimo muito complicada e que, considerando os argumentos até então expostos a favor da existência de um tribunal supremo para a garantia da Constituição, gera um número maior de problemas do que aqueles que soluciona.

Outro aspecto da jurisdição constitucional é assombrado pelo fantasma da política: será que juízes podem decidir sobre princípios de moralidade política? Quando a Constituição determina que o ordenamento jurídico que ela institui é regido pelo princípio da igualdade, ou da liberdade, por exemplo, está autorizado que juízes utilizem de motivações que não estão expressas de forma objetiva no texto constitucional? Para Kelsen, a resposta parece ser um estrondoso “não”:

“As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. [...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas *nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável*” (ibid., p. 169)

Os princípios, de interpretação tão aberta, teriam, então, apenas um papel simbólico, representando a ideologia do momento, e podem, talvez, servir como cultura de fundo a argumentos proferidos no Parlamento. No tribunal constitucional seria inaceitável que determinassem resultados:

“É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça [...], fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional” (ibidem)

A solução, segundo ele, seria que, se pretende a criação de um tribunal constitucional, a Constituição deve se abster dessa fraseologia ampla, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deve formulá-los da forma mais

precisa possível (ibid., p. 170). Esse definitivamente não é o caso paradigmático de modelo constitucional das democracias atuais.

Compreender que a formação do tribunal constitucional é consideravelmente arbitrária do ponto de vista político, mas ainda assim crer que é possível garantir que os juízes decidirão com base apenas nas objetividades do direito positivo, soa como uma ingenuidade sem tamanho. Kelsen parece ter tropeçado nesse problema, que será apresentado na seção seguinte.

2 – Política na Suprema Corte: a percepção de Robert Dahl;

Robert Dahl escreveu poucas vezes sobre temas relacionados diretamente à jurisdição constitucional, mas um artigo inicialmente⁸ despretensioso que viria a se tornar um texto clássico nesse tema colocou fogo no debate sobre o papel do tribunal supremo no contexto do campo político.

Na referida publicação, Dahl afirma já de saída que considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos estritamente como uma instituição jurídica é subestimar seu significado no sistema político americano e demonstra entender as consequências dessa proposição aparentemente inócua:

“As a political institution, the Court is highly unusual, not least because Americans are not quite willing to accept the fact that it *is* a political institution and not quite capable of denying it; so that frequently we take both positions at once. This is confusing to foreigners, amusing to logicians, and regarding to ordinary Americans who thus manage to retain the best of both worlds” (DAHL, 1957, p. 279).

Essa proposição carrega uma complexidade que não é exatamente evidente. Nos tempos atuais, em que os brasileiros podem assistir ao Supremo Tribunal Federal alcançar considerável relevância midiática, com suas decisões discutidas em seções de análise política dos telejornais, parece óbvio que uma suprema corte é inevitavelmente uma instituição política, tomadora de decisões políticas, portanto. Mas a legitimidade desse tipo de tribunal, e de certa forma de todos os órgãos do poder judiciário, reside, ao menos historicamente, no fato de que são instituições neutras em

⁸ Trata-se de DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker. *Journal of Public Law*, nº 6, 1957, p. 279-295.

muitos sentidos, e quando se fala de política, definitivamente não é em neutralidade que se pode pensar.

É por essa no mínimo aparente controvérsia que Dahl diz imaginar que ninguém brigará pela tese de que a Suprema Corte – ou qualquer corte – deve tomar e toma decisões políticas⁹ (ibidem). Seu conceito de decisão política, que, aliás, parece bastante apropriado, encaixa-se perfeitamente no que por muitas vezes resulta da atividade judicial: é uma escolha efetiva, ou seja, a seleção da alternativa mais preferível acompanhada dos meios para assegurar que ela seja realizada, entre alternativas sobre as quais há alguma incerteza que pode surgir em razão de informação inadequada sobre (a) as alternativas que são pensadas para ser “abertas”; (b) as consequências que provavelmente resultarão da escolha de uma dada alternativa; (c) o nível de probabilidade que essas consequências têm de acontecer; e (d) o relativo valor das diferentes alternativas, ou seja, uma ordem de preferência entre elas (ibidem).

Reconhecendo a Suprema Corte como política ou não, Dahl entende que o que é crítico é a extensão em que uma corte pode e toma decisões políticas para fora do critério “legal” estabelecido, de modo que tem se mostrado uma característica essencial dessa instituição que de tempos em tempos os seus membros decidam casos em que o critério jurídico não é, em nenhum sentido realista, adequado para a tarefa¹⁰ (ibid., p. 279-80). Sendo assim, os juízes estariam, ao contrário do que previa Kelsen do modo apresentado na seção anterior, decidindo como legisladores positivos, já que a pretensão criativa se igualaria ou pelo menos se aproximaria daquela que possuem os órgãos legislativos. E esses órgãos são, diferente do que se propõe ao judiciário, representativos de diferentes interesses, e não fóruns herméticos que decidem somente questões de direito. Que interesses seriam esses? É relevante questionar sobre que grupos são beneficiados ou prejudicados pela Corte e como

⁹ Há, sim, quem reconheça mesmo abertamente que os juízes tomam decisões políticas, e por muitas vezes apoiando essa prática. Ver, por exemplo: DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. *In*: Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-39; DWORKIN, Ronald. Casos constitucionais. *In*: Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 205-234. Serão discutidos mais à frente de forma profunda os argumentos apresentados nestas referências.

¹⁰ Isso também é contestado por Dworkin nas obras citadas em nota acima. A questão também está guardada para seções seguintes, com a pretensão de não confundir os assuntos. O importante, neste ponto, é a compreensão de que, estando Dahl correto ou não sobre a fuga do critério legal nas decisões jurídicas, há considerável discricionariedade para que juízes decidam com base em princípios de moralidade política.

fazer essa alocação de recompensas e penalidades pela Corte ser ajustada a um sistema político presumivelmente democrático (ibid., p. 281).

Um dos argumentos considerados entre os mais fortes na defesa da jurisdição constitucional diz respeito ao seu suposto caráter contramajoritário, como já mencionado na seção anterior a partir da formulação de Kelsen. É um ponto ao qual são sensíveis especialmente as minorias, por motivos óbvios, mas que pode ser um problema ao menos simbólico de legitimidade. Isso porque afirmar que uma corte ampara as preferências minoritárias contra as majoritárias é negar que a soberania popular e a igualdade política, ao menos no sentido tradicional, prevaleçam em países que são considerados democráticos (ibid., p. 283). Este “sentido tradicional” certamente entende a soberania popular a partir do critério da maioria, um dos primeiros significados do princípio democrático. Tal negação não poderia deixar de ser polêmica.

Quando um tribunal, no exercício da jurisdição constitucional, anula uma norma ordinária entendida abaixo da Constituição, o faz contrariando a aprovação das instâncias tradicionalmente legislativas, que são os supostos mecanismos institucionais que garantem a execução do critério da maioria. Mas como Dahl lembra, o procedimento eleitoral não é, na racionalidade fria e livre de formalidades, garantidor de uma “maioria nacional” (ibid., p. 284), e nem mesmo o pleito para escolha do presidente pode refletir as vontades efetivas da maioria, mas tão somente a preferência da maioria de uma porcentagem dos adultos diante de uma lista de candidatos apresentados pelos partidos¹¹.

É possível testar apenas, portanto, se as preferências de quem legisla – o que, esclarecendo novamente, não significa necessariamente uma “maioria nacional”) – são mesmo solapadas a favor de minorias protegidas por uma corte suprema. Dahl sugere que não: os presidentes americanos, na média histórica, indicam pelo menos dois novos *justices*¹² por mandato, o que certamente lhes permite influenciar o equilíbrio de um colegiado; além disso, os *justices* precisam passar pela aprovação

¹¹ Sobre esse aspecto, ver, p. ex., SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Capítulos XX e XXI, p. 297-344. Schumpeter ilustra o método tradicional democrático da eleição com analogias provenientes da economia: o eleitor, como um consumidor, apenas escolhe diante das opções numa prateleira do mercado, movido também por embalagens e propagandas; sua preferência não corresponde necessariamente à sua vontade de fato.

¹² *Justice* é a denominação de um juiz da Suprema Corte americana. É o equivalente do ministro do Supremo Tribunal Federal, no Brasil.

do Senado, o que garante que não sejam indivíduos com opiniões tão hostis pelo menos às de uma casa legislativa; e, para fechar, são em geral juristas que se destacam mais pelas boas relações no mundo político que por experiência judicial prévia (ibid., p. 284-5). O modelo brasileiro de recrutamento dos juízes não parece criar situação muito diferente: os ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Presidente da República; passam por sabatina e precisam de aprovação no Senado; e não são raras as indicações que refletem proximidades políticas claras¹³.

A partir do poder de influenciar a composição, digamos, ideológica da corte, pela prerrogativa da indicação dos membros, espera-se que o presidente e o Congresso consigam superar uma corte hostil em seus projetos políticos maiores; o tribunal seria capaz de barrar, em geral, apenas consensos frágeis, transitórios, que não se mantêm, quase sempre, a uma ou algumas sucessões presidenciais¹⁴, e num número bem pequeno de casos consegue resistir a ponto de atrasar a aplicação de políticas por muitos anos (ibid., p. 286-291).

Dahl reage duramente contra o argumento de que a Suprema Corte e, por conseguinte, a jurisdição constitucional, tem como função política mais importante a proteção de direitos fundamentais: “*a natural right to employ child labor in mills and mines?*” (ibid., p. 291-2). Referia-se ele às sucessivas legislações contra o trabalho infantil que foram barradas pela corte e levaram vinte e cinco anos para serem

¹³ Os casos recentes que melhor ilustram isso são os do ministro Gilmar Ferreira Mendes, indicado em 2002 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, após ter sido Advogado Geral da União no mesmo governo, e do ministro José Antonio Dias Toffoli, indicado em 2009 por Lula. Toffoli havia sido advogado do Partido dos Trabalhadores (o mesmo do então presidente) e também ocupou cargo na Advocacia Geral da União. É importante lembrar que Gilmar Mendes também teve e tem a seu favor uma atividade acadêmica intensa e de reconhecimento internacional, o que, é claro, não nos deve fazer ignorar o peso de suas investidas no mundo político. É importante ressaltar que a hipótese intuitiva de que os ministros são agentes do grupo político que os indicou através do presidente é importante, mas nem sempre se confirma, ao menos no Brasil, como verificou pesquisa recente de Fabiana Luci de Oliveira. Cf. OLIVEIRA, Fabiana Luci. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 27 nº 80, outubro/2012. O caso de maior repercussão midiática ocorreu na Ação Penal 470, conhecida como “julgamento do Mensalão”, em que a corte condenou integrantes da cúpula do Partido dos Trabalhadores (PT), e os dois ministros que “mais condenaram” foram Joaquim Barbosa e Luiz Fux, ambos indicados por presidentes petistas. É evidente que, por se tratar de uma ação penal, outros fatores podem predominar – Barbosa, por exemplo, foi membro do Ministério Público antes de compor o tribunal supremo, o que pode sugerir maior rigidez em matérias de direito penal –, mas o episódio é emblemático.

¹⁴ Como Dahl faz questão de ressaltar neste trecho do texto, o presidente Franklin Delano Roosevelt enfrentou dificuldades para consolidar o *New Deal*, especialmente porque teve má sorte: teve de esperar quatro anos para sua primeira indicação. Pela média histórica, a probabilidade desse intervalo era de 4:1. Ao final de seu segundo mandato, no entanto, havia apenas um remanescente indicado pelo presidente anterior, e as coisas se encaminharam melhor a favor de seus projetos. Com quatro mandatos (morreu no início do quarto), um recorde na história americana, chegou a fazer nove nomeações.

finalmente consolidadas. Sem dúvidas, é uma resposta impactante e que causa embaraço por parte dos defensores deste argumento.

Qual, seria, então, o papel da Suprema Corte na abordagem de Dahl? Assim ele inicia a resposta:

“National politics in the United States, as in other stable democracies, is dominated by relatively cohesive alliances that endure for long periods of time. One recalls the Jeffersonian alliance, the Jacksonian, the extraordinarily long-lived Republican dominance of the post-Civil War years, and the New Deal alliance shaped by Franklin Roosevelt. Each is marked by a break with past policies, a period of intense struggle, followed by consolidation, and finally decay and disintegration of the alliance. Except for short-lived transitional periods when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the dominant national alliance.” (ibid., p. 293)

Os atores do mundo político, em sua acepção tradicional, precisam, a partir dessa conclusão, incluir o tribunal supremo em seus planos de formação de uma aliança nacional dominante, capaz de concretizar seus projetos. O risco de aceitar essa visão é que, como já mencionado, a legitimidade da jurisdição constitucional reside especialmente na suposição de que ela seja uma instituição neutra, capaz de controlar os excessos de uma maioria para evitar que ela efetive seus planos tirânicos. Esse modelo, no entanto, indica que essa proposta de legitimidade é falsa, o que o torna paradoxal: se a corte suprema é o que ele sugere, não pode ser aceita nos termos que historicamente o foi; e, se não for aceita, o modelo deixa de ter utilidade prática, porque o poder da corte só funciona enquanto se acredita nela como legítima.

Resta aos estudiosos e analistas da política a utilidade prática de entender, nos termos de Dahl, a Suprema Corte tendo como principal tarefa conferir legitimidade às políticas fundamentais da coalizão bem sucedida em conformar minorias organizadas no jogo do poder, formando uma maioria nacional capaz de vencer a presidência uma ou ambas as casas do Congresso (ibid., p. 294). Isto, aliás, está de acordo com a sua teoria da democracia como uma “Poliarquia”¹⁵. É o que fica claro em sua conclusão final:

¹⁵ Dahl enumera requisitos que considera essenciais para que um país seja democraticamente governado: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; e cidadania inclusiva. No entanto, aceita

“Yet the Court is more than this. Considered as a political system, democracy is a set of basic procedures for arriving at decisions. The operation of these procedures presupposes the existence of certain rights, obligations, liberties and restraints; in short, certain patterns of behavior. The existence of these patterns of behavior in turn presupposes widespread agreement (particularly among the politically active and influential segments of the population) on the validity and propriety of the behavior. Although its record is by no means lacking in serious blemishes, at its best the Court operates to confer legitimacy, not simply on the particular and parochial policies of the dominant political alliance, but upon the basic patterns of behavior required for the operation of a democracy.” (ibid., p. 294-5)

É difícil concluir sem reservas sobre os acertos e erros dessa percepção. Fato é que ela alimenta um debate intenso sobre as relações entre a política e o direito. Se a jurisdição constitucional é principalmente uma instância de legitimação das decisões de maiorias, e essa atribuição tem raiz apenas na simbologia de uma corte para um povo e um sistema político, há razão naqueles que se perguntam porque ela ainda deve existir. Mas há os que a defendem contra as implicações dessa premissa. Argumentos que sustentam ambas as posições é do que trata a próxima seção.

3 – Dworkin vs. Waldron: a jurisdição constitucional pode ser legítima mesmo diante do fato de que os juízes tomam decisões políticas?

Serão discutidos aqui diretamente as respostas de Ronald Dworkin (2000; 2003), e Jeremy Waldron (2010). A seleção se deve à abordagem ampla que cada um deles faz dos argumentos centrais a respeito da legitimidade ou não da jurisdição constitucional. E não se trata apenas um recorte metodológico: esses dois são de fato protagonistas nesse debate e não escondem que se dirigem um ao outro em algumas publicações.

que nenhum regime pode ser plenamente democrático formalmente, e propõe um método procedimental que se aproxime do ideal democrático. É assim que chega ao conceito de Poliarquia: a política como resultado de conflito, barganha e acordo entre minorias, sem império de maioria, nem de minoria, mas um governo de minorias, que em seus conflitos geram a responsividade necessária ao que costumamos chamar de “democracia”, ainda que não seja um governo efetivo da maioria. Para uma compreensão mais detalhada, ver DAHL. Robert A. Que instituições requer a democracia em grande escala? *In: Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB. Capítulo 8; DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.

Poderá se levantar a questão sobre se alguns críticos da jurisdição constitucional e seus argumentos não foram contemplados. É que suas objeções em geral partem de uma reação conservadora a incursões de juízes no campo político em decisões supostamente contrárias ao critério legal. Por isso, acabam descreditadas em grande medida como críticas ideologizadas ou carregadas de preconceito, insatisfeitas com minorias conquistando direitos. É para o que alerta Waldron (2010, p. 112): “cansei de ver oponentes do *judicial review* sendo denegridos como céticos de direita. A melhor resposta é fundamentar a oposição ao *judicial review* em um comprometimento forte e generalizado com direitos”. É seguro, no entanto, que com esses autores se conhecerá esses argumentos, sem que precisem soar como conservadorismo dogmático.

Waldron, no artigo abordado, aliás, intitulado “A Essência da Oposição ao *Judicial Review*”¹⁶, confessa que já escreveu bastante sobre o assunto, mas que nesse texto deseja identificar um argumento essencial contra a revisão judicial (o controle judicial de constitucionalidade, ou jurisdição constituição). Esse motivo também justifica a escolha.

Já quanto aos defensores da jurisdição constitucional não abordados diretamente, há a pretensão de que suas posições e argumentos sejam conhecidos pela voz de Dworkin. O jus-filósofo americano condensa argumentos a favor de uma concepção substantiva da interpretação constitucional e constrói uma teoria sólida como poucas. Espera-se que seus textos contribuam para uma visão geral acerca dos argumentos legitimadores da jurisdição constitucional, sem excluir as próprias conclusões do autor, cheias de particularidades.

3.1 – A primeira questão para Ronald Dworkin: as implicações da ideia de que os juízes devem aplicar a Constituição como os constituintes desejaram¹⁷;

Grande parte das críticas à jurisdição constitucional e às instituições que a perfilam, a partir de meados do século passado, nascem do campo conservador do

¹⁶ Traduzido do inglês por Adauto Villela, o título original é “The Core of the Case Against Judicial Review”.

¹⁷ Nesta seção, como é possível imaginar pelo título, não está em jogo a legitimidade da jurisdição constitucional considerada estritamente. A abordagem é sobre juízes decidindo sobre questões políticas e de que maneira isso é resultado ou não da vontade constituinte sendo aplicada pelos juízes. A jurisdição constitucional, portanto, está implicitamente aceita, neste trecho.

espectro político, como reação a decisões de um tribunal consideradas progressistas. Patrocina-se não raro a ideia de que o Direito é conservador e sua aplicação por conseguinte deveria assim ser para evitar problemas de (in)segurança jurídica, mas no geral é comum que se esconda essa motivação ideológica, levantando-se o argumento do extremo positivismo jurídico, que afirma que os juízes não tem a prerrogativa de criar legislação, e que não é nada diferente disso o que faz um magistrado que fundamenta sua decisão em interpretações controversas de princípios vagos estabelecidos pela Constituição; se assim deseja, é o que dizem, o sujeito deveria sair do tribunal e se aventurar em eleições para o parlamento.

Para ser ainda mais específico, as principais críticas desse tipo são oposições a decisões progressistas da Corte Warren, um momento histórico da Suprema Corte Americana compreendido entre 1953 e 1969, período em que este tribunal, dominado por juízes nomeados por presidentes liberais¹⁸, tomou grandes decisões a favor da integração racial e da expansão das liberdades civis. Os críticos da Corte Warren, não obstante o desconforto público em apontar algo de mal nessas decisões, a acusavam de ajustá-las às suas próprias convicções pessoais, o que seria uma afronta ao princípio de que o judiciário deve apenas aplicar de forma neutra e imparcial, e não criar as normas. Essa tarefa, dizem, deve ser reservada ao povo, num país democrático, na figura de seus representantes democraticamente eleitos. Dworkin condensa esses críticos na figura do presidente Richard Nixon, que, quando candidato à presidência dos Estados Unidos, afirmou que nomearia para a Suprema Corte homens que aplicariam o direito “como ele é”, sem “distorcê-lo ou dobrá-lo” (DWORKIN, 2000, p. 206). Quando fala em Nixon, Dworkin se refere a esse conjunto de opiniões sobre a Suprema Corte e sua função de jurisdição constitucional (ibid., p. 207). Este recurso será também incorporado no que aqui se segue, para que seja possível maior fidelidade à construção argumentativa de Dworkin.

Se Nixon critica a Corte Warren, entende Dworkin, por, a partir de interpretações que vão além do critério legal estrito, legislar da forma para a qual não possuem poder legítimo, precisa fundamentar melhor sua suposta teoria do direito. Isso porque, se a Suprema Corte tem o dever de dar respostas a conflitos judiciais,

¹⁸ Veja nota 14 supra. Após as numerosas indicações de Roosevelt à Suprema Corte em seus quatro governos, até sua morte em 1945, seu sucessor, Harry Truman, presidindo os Estados Unidos entre 1945 e 1953, teve direito a quatro indicações. Isso sem dúvidas determinou a corte como liberal por muitos anos.

pelos quais ela se pronuncia sobre princípios e direitos constitucionais por vezes expressamente vagos, estará legislando independente da decisão (ibid., p. 208). É difícil discordar de Hesse (apud HABERMAS, 1997a, p. 303) em sua formulação de que toda interpretação é um processo necessariamente criativo; e se é criativo, qualquer decisão, como interpretação da Constituição e das leis, é atividade legislativa, neste sentido radical. Se os juízes são provocados a decidir sobre o significado, em direitos práticos, de princípios de formulação vaga, são intimados, ao menos numa mínima medida, a legislar. Esse mínimo não depende de pretensão ativista do tribunal.

Na resposta a Nixon, Dworkin parte da premissa essencial de um modelo de democracia constitucional, ou seja, de que se trata de um estado democrático, mas que limita a supremacia da maioria a partir de disposições constitucionais, de modo que alguns temas – especialmente aqueles que envolvem diretamente direitos – devem ficar fora do processo legislativo ordinário. É ideia correspondente à que expressa o conceito de *coto vedado*, abordado na seção 1. Faz parte da premissa o pressuposto de que os juízes devem decidir de modo a conferir a regularidade da lei ordinária diante do que se reserva no texto constitucional. Parece claro que Nixon está de acordo com essa premissa, já que entende os juízes devem aplicar a Constituição.

Algumas restrições constitucionais são regras precisas, e é na limitação a elas que Nixon acredita estar a virtude do juiz que decide por uma interpretação estrita do texto. Mas há restrições constitucionais baseadas em padrões vagos, e ao serem estritos com o texto, aplicando-as, os juízes acabam por gozar de certa discricionariedade; a própria obediência à Constituição os colocam nessa condição. Assim é a formulação de Dworkin, ilustrada:

“Suponhamos que eu dissesse a meus filhos que esperava que eles não tratassem os outros injustamente. Sem dúvida, eu teria em mente exemplos da conduta que desejaria desencorajar, mas não aceitaria que meu ‘significado’ se limitasse a esses exemplos, por duas razões. Em primeiro lugar, eu esperaria que meus filhos aplicassem minhas instruções a situações nas quais eu não teria pensado nem poderia ter pensado. Em segundo lugar, eu estaria pronto a admitir que algum ato particular que eu considerada justo era de fato injusto, ou vice-versa, caso um de meus filhos conseguisse me convencer disso posteriormente. Nesse caso, eu gostaria de dizer que minhas instruções incluíam o caso por ele citado, e não que eu mudaria

minhas instruções. Eu poderia dizer que minha intenção era a de que a família se guiasse pelo *conceito* de justiça e não por alguma *concepção* particular de justiça que eu tivesse tido em mente” (DWORKIN, 2000, p. 211)

A analogia parece perfeita para descrever um contexto em que os constituintes são chamados de “Pais Fundadores dos Estados Unidos”. Eles teriam, segundo essa formulação, seguido um método semelhante ao deixar a Constituição repleta de conceitos de significado amplo. Quando se recorre ao *conceito* de justiça, não se atribui nenhuma importância especial a pontos de vista específicos sobre a questão; mas quando se formula uma *concepção* de justiça, faz-se por uma via específica, definindo um sentido ao conceito. Assim segue Dworkin ao afirmar que se os tribunais tentarem ser fiéis ao texto da Constituição serão forçados, por essa mesma razão, a decidir-se entre concepções concorrentes de moralidade política, de modo que seria um erro atacar a Corte Warren, por exemplo, por ter deixado de tratar a Constituição como um texto impositivo (ibid., p. 213-14).

Por essa construção de Dworkin, fica mais do que evidente que se o objetivo é fazer valer o desejo dos constituintes nas decisões judiciais, a generalidade das cláusulas que deixaram no texto constitucional indicam que um tribunal deve ser ativista, no sentido de que deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta (ibid., p. 231). Mas a força desse argumento levanta um problema relevante:

“Se deixarmos as decisões de princípio exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam, mas correremos o risco de que os juízes venham a fazer as escolhas erradas. Todo jurista acha que, em algum momento de sua história, a Suprema Corte errou, às vezes profundamente. Se ele não abomina as decisões conservadoras do início da década de 30, que ameaçaram bloquear o *New Deal*, é provável que abomine as decisões liberais da última década.” (ibid., p. 232)

As decisões da jurisdição constitucional, nesse contexto, ficariam sujeitas às mesmas condições de avaliação das decisões políticas: o critério, em última instância, é ideológico, e os resultados dependem bastante da composição do tribunal. Dworkin, um defensor ferrenho do papel da Suprema Corte, não ignora os problemas

decorrentes disso. Entende que devemos conceber as instituições para reduzir o risco de erro, e sua resposta parte da crença de que o início da solução está em isolar o problema dos direitos contra o Estado, o que, para ele, pode ser feito por uma fusão do direito constitucional e da teoria moral (ibid., p. 233). Um bom passo, então, seria adotar uma teoria da justiça que reconheça direitos contra o Estado (ou contra a maioria). A partir daí, esse caminho entra no campo do debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, como se verá adiante.

3.1.1 – A jurisdição constitucional legitimada como um fórum do princípio;

Reconhecer a inevitabilidade das decisões políticas por parte dos juízes pode tornar necessária a resposta a diferentes argumentos de contestação de legitimidade. O mais comum deles talvez seja o argumento da democracia, assim descrito por Dworkin:

“Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular” (DWORKIN, 2003, p. 17)

Segundo este argumento, tribunais não-eleitos são menos legítimos que funcionários eleitos para decidir sobre questões políticas de princípio. Dworkin sugere a consideração desse argumento sob dois aspectos: primeiro, existem razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? Para ele, não há motivos suficientes para crer que sim, mas, pelo contrário, seria mais provável que juízes disponham de melhores métodos para examinar uma reivindicação de direitos. Supõe isso porque acredita, por exemplo, que é mais difícil a um público, na discussão sobre se alguém tem ou não direito a algo, reconhecer direitos de minorias, pois esses direitos podem se opor aos seus interesses; os legisladores estariam sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes, e isso deve contar como razão para chegar a conclusões fundamentais sobre direitos (ibid., p. 27).

E o segundo aspecto: há razões de equidade pelas quais a legislação deva ser a estratégia exclusiva para decidir que direitos as pessoas têm? Esse aspecto sugere que se a democracia pressupõe igualdade de poder político, e entregar decisões políticas a tribunais não-eleitos seria injusto, desse ponto de vista, porque afrontaria o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores, e não juízes. Dworkin responde novamente que não, e o faz principalmente contestando a suposta igualdade de representatividade das instituições políticas tradicionais:

“Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. [...] Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.”

Em resumo: considerando que o parlamento pode – e é o que costuma acontecer – abrigar uma desigualdade considerável de representação, já que determinados grupos têm mais condições de influência que outros, a transferência da decisão dessa instância desigual para os tribunais pode amenizar ao menos um pouco o problema.

Diante desse cenário, alguns, como John Hart Ely (1980), tentaram, contra as evidências apresentadas por Dworkin, “salvar” a jurisdição constitucional de seu caráter intrinsecamente político. Ely, como lembra Dworkin, insiste em que o papel adequado do Supremo Tribunal é policiar o processo da democracia, não rever as decisões substantivas tomadas por meio desses processos (ibid., p. 82). O problema disso é que a concepção de Ely sugere que o processo democrático exige certos direitos básicos para que seja legítimo, tais como direito ao voto e livre associação, liberdade de expressão, entre outros. E sua formulação certamente acorda os mais variados tipos de democratas, o que impossibilita uma univocidade no que seja efetivamente um “processo democrático”, levando a conclusões sobre o procedimento que não deixam de ser substantivas, como ele quer evitar. Se o tribunal não pode fazer os julgamentos sobre processo que Ely recomenda sem fazer os julgamentos sobre substância que ele condena, então sua teoria será distorcida por seus próprios argumentos (ibid., p. 85). De modo bem direto:

“Assim, faço objeção à caracterização que Ely oferece de sua própria teoria. Na opinião dele, ela permite aos juízes evitar questões de substância concernentes à moralidade política. Mas *faz isso apenas porque a própria teoria decide essas questões*, e os juízes somente podem aceitar a teoria se aceitam as decisões de substância encerradas nelas.” (ibid., p. 96)

A teoria de Ely, portanto, na prática não se mostra diferente da do próprio Dworkin, pois exige, igualmente, que juízes façam escolhas substantivas no âmbito dos princípios.

Para concluir seu argumento, Dworkin esclarece que, se não podemos fazer com que juízes fujam às decisões políticas, no sentido considerado, resta a questão de determinar que motivos, nas mãos do tribunal, são bons motivos; para ele, o tribunal deve seguir o caminho, tanto quanto possível, das decisões de princípio, decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (ibid., p. 101).

A legitimação de Dworkin da jurisdição constitucional vem de sua concepção de que ela assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político (ibid., p. 102). Em outras palavras, pode-se dizer que ele entende que as instâncias legislativas compostas por cargos eletivos caem com facilidade em debates sobre direitos contaminados por interesses, enquanto que na revisão judicial esses debates podem se dar de forma mais neutra, guiados pelo esforço de reconhecer, através dos princípios, os direitos que cada indivíduo tem. Essa instituição seria capaz de levar algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio, oferecendo a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, tornar-se finalmente questões de justiça (ibid., p. 103). É uma concepção interessante e tem seu valor, mas que não ficou livre de duras e coerentes críticas.

3.2 – Jeremy Waldron e a essência da oposição ao *judicial review*;

Waldron faz parte do time dos que criticam a jurisdição constitucional¹⁹ como uma instituição incompatível com os princípios democráticos mais basilares. E realiza sua oposição a partir de quatro pressuposições iniciais: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer as ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2010, p. 106-16).

Considerando tais pressuposições, aceita-se a premissa, especialmente por (3) e (4), do problema moral da discordância, em que indivíduos discordam sobre determinadas questões não obstante a necessidade de que tomem decisões coletivas aplicadas a todos, mesmo àqueles para os quais a decisão é insatisfatória. Sendo assim, sugere Waldron, devemos partir para a questão da legitimidade do procedimento decisório, e dois tipos de razões podem ser considerados: as razões “relacionadas ao resultado” e as “relacionadas ao processo” (ibid., p. 118-9).

Razões relacionadas ao processo são a fundamentação para a determinação de quem tem o direito de decidir. Se concluirmos que pessoas abaixo de 16 anos não podem votar, porque se espera que ainda não tenham a capacidade de discernimento necessária, estaremos dando uma razão relacionada ao processo para limiar o direito de decidir às pessoas acima dessa idade. Razões relacionadas ao resultado são razões para projetar o procedimento de decisão de uma maneira que assegurará o resultado apropriado, isto é, uma decisão boa, justa, correta (ibid., p. 120).

Considerando a pretensão de que uma sociedade seja livre e democrática, é de se esperar que seus procedimentos de decisão, para serem legítimos, permitam a

¹⁹ Waldron usa o termo em inglês *judicial review*, mais comum para os americanos, que significa a revisão judicial das normas e eventual anulabilidade delas em decorrência de inconstitucionalidade. Se adotará, na maior parte das vezes nesta seção, este termo, para que haja maior fidelidade à sua formulação.

maior participação possível a cada indivíduo, compatível com o nível de participação de todos os outros. O *judicial review* não respeita essa razão relacionada ao processo. Entendendo que ele também não vence, diante da tomada de decisão legislativa, a disputa por razões relacionadas ao resultado, Waldron anuncia: “parece-me que o lado legislativo sai ganhando em qualquer formulação da questão. E *essa será a essência da oposição ao judicial review*” (ibid., p. 123, grifo meu).

Para provar que a decisão legislativa também é melhor do ponto de vista das razões relacionadas ao resultado, Waldron examina três vantagens ao resultado que são alegadas às vezes a favor dos tribunais:

“(a) que questões de direitos são apresentadas aos tribunais no contexto de casos específicos; (b) que a abordagem dos tribunais às questões de direitos é orientada para o texto de uma Declaração de Direitos e (c) que o raciocínio e a fundamentação desempenham um papel proeminente na deliberação judicial.” (ibid., p. 127)

Indubitavelmente, são vantagens que Dworkin alega a favor dos tribunais, como exposto em 3.1.1. Quanto a (a), Waldron afirma que a ideia de que juízes estão em posição melhor para reconhecer direitos é um mito: os juízes não estão, como se sugere, mais próximos de perceber a importância de reivindicações de direitos; o processo legislativo é que se mostra mais próximo a casos concretos, através de *lobby*, em audiências e no debate (ibidem). É um argumento que pode não ser muito convincente aos que contestam a qualidade da representatividade do parlamento, mas que no mínimo coloca uma dúvida sobre essa alegação ser positiva à corte.

Contra (b), Waldron argumenta que dar primazia uma Declaração de Direitos pode não ser necessariamente bom em termos de resultado. Considerando que alguns direitos podem ter sido omitidos da declaração por motivos políticos em sua formulação, é ruim que tais omissões pesem a favor dos direitos que foram expressos, contra os implícitos, já que determinadas legislações podem ter a pretensão de compensar aqueles direitos que deixaram de ser registrados nas formulações da Declaração (ibid., p. 130).

Em (c), contra um endossamento da teoria de Dworkin por Rawls, Waldron afirma ser um falso contraste a proposição de que os tribunais fundamentam suas decisões, ao passo que outras instâncias decisórias não o fazem (ibidem). Rawls

(2000, p. 281-91), na esteira de Dworkin, afirma o tribunal supremo como exemplo de razão pública, devido às condições especiais da corte que exigem constantemente que fundamente racionalmente suas decisões. O próprio Rawls, no entanto, reconhece que outros ramos do Estado certamente podem ser, se assim quiserem, fóruns de princípio para debater as questões constitucionais (ibid., p. 290-1), confirmando que tem mesmo fundamento a crítica de Waldron.

Waldron não nega, contudo, que o *judicial review* eventualmente possa gerar bons resultados, ou que possa ser um procedimento ligado em alguns termos aos princípios democráticos, mas, como ele lembra, legitimidade é um assunto comparativo, e sua argumentação em todos os sentidos indica que o processo legislativo – razoavelmente livre de vícios eventuais²⁰ – é comparativamente mais legítimo que a decisão de juízes sobre política (WALDRON, 2010, p. 144).

Há uma crítica especialmente interessante na obra de Waldron e que não se limita à revisão judicial em sentido estrito. Destina-se à própria ideia de pré-compromisso contida no conceito de *coto vedado*, ou seja, à própria primazia da Constituição. Moreso (2013, p. 184) a descreve bem:

“Segundo Waldron, a analogia entre o agente racional que prevê a debilidade de sua vontade futura, e o poder constituinte que prevê que a maioria poderá amanhã tomar uma decisão que viole os direitos fundamentais, não é de todo persuasiva. E não o é porque não se trata, como no caso do fumante que deseja parar de fumar, ou do motorista que entrega a chave do seu carro a um amigo para não guiar alcoolizado, de um eu lúcido que protege um eu menos lúcido (ou de um eu incapaz que autoriza uma medida de autopaternalismo) mas de uma sociedade cujos membros estão, mesmo nos momentos de maior lucidez, em desacordo sobre os direitos que possuem.”

Os defensores do *judicial review* o veem como a única fórmula institucional efetivamente garantidora da primazia da Constituição, na esteira de Kelsen (2003, p. 149), já citado na seção 1. Entendem que a sociedade amarrou a si própria ao mastro de terminados princípios de direito e, como colegas de bordo de Ulisses, os juízes estão apenas garantindo que as cordas permaneçam bem atadas; Waldron indica que

²⁰ Waldron lembra que só é possível comparar os modelos diante de certas pressuposições de bom funcionamento das instituições (ibid., p. 152-3). Criticar a decisão legislativa como contaminada por vícios não pode eximir os tribunais de vícios semelhantes, o que geraria resultados desastrosos, em ambos os casos.

essa analogia foi completamente desacreditada na literatura (WALDRON, 2010, p. 143). Sua crítica se baseia na simples constatação de que não há motivos para crer que a geração anterior, da qual erigiu a Constituição, é racionalmente superior às gerações seguintes, injustamente amarradas, portanto. A sociedade não se comprometeu com qualquer ponto de vista específico sobre o que um dado direito acarreta, então, quando os juízes discordam sobre isso, não fica clara a razão pela qual conceder aos juízes o poder de decidir deveria ser entendido como manutenção de um pré-comprometimento (ibidem).

É frequentemente ruim, do ponto de vista das razões relacionadas ao resultado, que a legislação esteja engessada pela Constituição. Até mesmo Rawls, defensor do tribunal supremo, vê problemas nessa condição. Ele entende que os elementos essenciais constitucionais são de dois tipos:

- “a. os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria;
- b. os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.” (RAWLS, 2000, p. 277)

Exclui desse grupo, portanto, os princípios que regulam as questões básicas de justiça distributiva, como a liberdade de movimento e a igualdade de oportunidades, as desigualdades sociais e econômicas, e as bases sociais do auto-respeito (ibidem), e o faz porque percebe que esse tipo de princípio é exigente demais para compor um consenso constitucional, e incluí-lo esbarra em quatro motivos, que ele especifica:

- “a. Os dois tipos de princípios especificam papéis diferentes para a estrutura básica;
- b. É mais urgente estabelecer os elementos essenciais que lidam com as liberdades fundamentais;
- c. É muito mais fácil atestar se esses elementos essenciais estão sendo realizados;

d. É muito mais fácil chegar a uma concordância sobre quais devem ser os direitos e liberdades fundamentais, é claro que não em todos os detalhes, mas no que se refere às linhas mestras.” (ibid., p. 280)

Esses motivos indicam que é mais proveitoso, do ponto de vista de razões relacionadas ao resultado, enxugar o que é matéria de direito constitucional. O engessamento da administração e do processo legislativo pela Constituição é problemático porque pode dificultar o próprio processo democrático de formulação e implementação de políticas²¹. O executivo e o legislativo, numa democracia, têm de estar livres de amarras que os impeçam de aplicar soluções inovadoras, e não presos às concepções construídas muitos anos antes por parlamentares constituintes.

3.2.1 – E quanto ao terror da tirania da maioria?

Quando se fala em tirania da maioria, alerta Waldron, deve-se tomar cuidado sobre as dificuldades de se chegar a um significado útil desse termo: se entendermos a tirania como aquilo que acontece a alguém quando seus direitos são negados, a tirania quase sempre estará em jogo em qualquer discordância sobre direitos (WALDRON, 2010, p. 145). Isso porque numa discordância, os perdedores no processo decisório adotado o acusarão de ser tirânico. Mas saber se estão certos é uma questão que fica em aberto (ibidem). É evidente que é possível que a democracia gere decisões incorretas sobre direito, e nesse sentido serão tirânicas, mas a mesma possibilidade é aplicável a qualquer processo decisório (ibid., p. 146).

Partindo dessa conclusão óbvia de que todo processo decisório pode ser tirânico, a saída de Waldron para a regra da maioria é categórica:

“Ou dizemos que tirania é tirania independente do modo como (e entre quem) a decisão tirânica é tomada, ou dizemos – e este é o meu ponto de vista – que o aspecto majoritário realmente suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: ela não foi tomada de uma maneira excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais” (ibidem)

²¹ Trabalhos empíricos já demonstraram dificuldades relacionadas à judicialização da saúde no Brasil. Para um exemplo, ver PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, n.5, pp. 2405-2414.

Seu argumento segue respondendo aos defensores do *judicial review*, que afirmam que a jurisdição constitucional é necessária para conter as maiorias tirânicas, a partir dos direitos reservados no *coto vedado*. Isso, diz Waldron, não pode enfraquecer a legitimidade da decisão majoritária, contanto que as minorias tenham uma garantia de que a maior parte dos seus concidadãos leva a questão de seus direitos a sério (ibid., p. 150). É um argumento problemático, pois essa exigência nem sempre é possível, e aí um tribunal supremo pode ser necessário para avançar nas questões de direitos. Mas essa concessão da decisão ao tribunal tem de ser cuidadosa, isso se se mostrar mesmo desejável. O argumento é do caráter epistêmico da democracia: conceder poder final de decisão aos tribunais pode bem tornar mais difícil reformar o parlamento ou desenvolver o *ethos* legislativo que as pressuposições de saúde do sistema democrático exigem (ibid., p. 153). E é importante lembrar que as patologias de uma sociedade que não leva os direitos a sério podem muito bem atingir o tribunal supremo, contaminando igualmente as decisões, e de forma ainda pior, já que seus juízes elevados podem gozar da falsa simbologia de que compõem uma instituição neutra.

4 – CONCLUSÕES

Pode ser que tanto Dworkin, em sua defesa da jurisdição constitucional e das decisões políticas dos juízes, como Waldron, em sua crítica mordaz ao *judicial review*, que funciona como defesa do processo democrático eletivo, exagerem no otimismo quanto às suas causas. Mas é inegável que seus argumentos alimentam muito bem esse debate. Pretende-se, nesta conclusão, abordar as consequências dos problemas sobre os quais investigaram para o caso brasileiro. Isso significa, indubitavelmente, abordar especialmente a questão da judicialização da política.

A imensa relevância midiática alcançada pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos deve-se, em grande medida, ao fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política, expressão inserida nas ciências sociais e no Direito por Tate e Vallinder (1995 *apud* MACIEL; KOERNER, 2002, p. 114), e que apesar de não ecoar na imprensa brasileira – como conseguem os seus resultados práticos – para enfim conquistar o debate popular, fez crescer sua importância no meio acadêmico. Judicializar a política, segundo esses autores, é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois

contextos (ibidem). Um trata da ampliação das áreas de atuação dos tribunais por conta da revisão judicial baseada na extensa constitucionalização de direitos, que não é excepcionalidade brasileira em qualidade, mas sem dúvidas em quantidade, de modo que questões tradicionalmente decididas nas arenas políticas passaram a ser decididas pelo Judiciário (no termo usado por esses autores, “*from without*”); e a outra refere-se à introdução ou expansão de procedimentos judiciais nos poderes Executivo e Legislativo (“*from within*”) – as Comissões Parlamentares de Inquérito e as cassações de mandato processadas pelos Conselhos de Ética e Decoro Parlamentar são bons exemplos.

De acordo com as visões dos autores aqui discutidos, essa “judicialização da política” parece ser inevitável se a escolha institucional é a adoção da jurisdição constitucional e de um Supremo Tribunal, como é no caso brasileiro. Verbicaro (2008, p. 390) lista as condições propiciadoras e/ou facilitadoras do processo de judicialização da política que se destacam no contexto brasileiro:

“a promulgação da Constituição Federal de 1988; a universalização do acesso à justiça; a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado; a existência de uma Carta Constitucional com textura aberta; normas programáticas e cláusulas indeterminadas; a crise do paradigma formalista de interpretação inspirado nas premissas do positivismo jurídico; ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; a permissão por parte da Constituição de 1988 para que o Poder Executivo edite medidas provisórias; a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a ação direta de inconstitucionalidade; a veloz modificação da base econômica do Brasil; a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais; o agravamento da crise econômica nas últimas décadas do século XX, a ineficácia da política macroeconômica do país e a consequente explosão da crise social; a hipertrofia legislativa; a desproporcionalidade da representação política e a crescente ineficácia do sistema político-decisório.”

Yepes (2007), preocupado com a consolidação das jovens democracias latino-americanas, propõe que se pergunte se a judicialização da política é ou não é desejável democraticamente, e nesse sentido sugere que devemos potencializar suas possibilidades democráticas e minimizar seus efeitos perversos, o que, do ponto de vista acadêmico, deveria nos levar a tratar de investigar mais especificamente quais

são as judicializações democratizantes e quais, ao contrário, são democraticamente arriscadas (YEPES, 2007, p. 67).

Mark Tushnet tem abordagem parecida. Propõe o seguinte exercício: imaginem se a Suprema Corte dos Estados Unidos decidisse que o judicial review, embora seja uma bela experiência, deixará de existir a partir de certo ano, por entender que, atualmente, os custos e inconvenientes do modelo superam os benefícios, de modo que todas as leis seriam aplicadas pelo Judiciário (TUSHNET, 1999, p. 154). Se aplicarmos esse exercício ao contexto brasileiro, a que cenário chegaríamos? É preciso mencionar que o Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em decisões de ações ajuizadas à corte, recentemente reconheceu direitos por muitas vezes negados, especialmente por omissão, pelo parlamento.²²

Algumas condições propiciadoras da judicialização abrigam, ao mesmo tempo, em seus significados, os próprios benefícios que são consequência dela. Quando se fala em uso de tribunais pela oposição como condição, a ideia expressa é a da intenção de uso de uma ferramenta como recurso pelos partidos de oposição para tentar frear imposições supostamente inconstitucionais do governo, ou seja, uma causa do aumento de ações ajuizadas. Mas o mesmo termo já expressa uma consequência, denotando o evidente sucesso dessa estratégia: diante do fenômeno da hipertrofia do Executivo, a oposição encontrou no Poder Judiciário um órgão de soberania do Estado capaz de bloquear e corrigir uma política governamental que procurou impor-se, abandonando o diálogo democrático (LOBATO, 2001, p. 47). Isso pode ser problemático especialmente do ponto de vista do argumento do valor epistêmico da democracia: uma primeira fuga do processo democrático para resolver a questão no tribunal obtém sucesso, causando o primeiro caso de judicialização; a partir desse sucesso, a escolha racional trata de tornar esse fenômeno uma tendência geral e preocupante.

A descrença na democracia como consequência de uma judicialização excessiva merece atenção. Em *survey* realizado com membros do Ministério Público, citado em artigo por Maciel e Koerner (2002, pp. 119-120), 84% dos entrevistados concordaram total ou parcialmente com a afirmação de que “a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos, e que por isso as instituições de justiça devem atuar afirmativamente para

²² Cf., por exemplo: ADPF 132, que reconheceu a união civil estável entre pessoas do mesmo sexo; ADPF 54, que garantiu a intervenção terapêutica de feto anencefálico.

protegê-la”. Essa concepção tutelar, portanto autoritária e paternalista (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 121), e que certamente não é idiossincrasia dos membros do MP, entende que o desenvolvimento da cidadania dar-se-ia não pela via de instituições representativas, mas por meio de um poder externo, preferencialmente apolítico (ARANTES, 2002 *apud* MACIEL; KOERNER, 2002, p. 120). Esse tipo de pensamento gera descrença na democracia e abre portas para saídas autoritárias. A resolução de conflitos políticos num meio apolítico pode dar a impressão de que a solução de muitos problemas políticos não depende da participação democrática, mas da atividade de juízes e fiscais providenciais (YEPES, 2007, p. 67). A excessiva judicialização leva, em muitas ocasiões, a um adiamento de soluções políticas que são necessárias para enfrentar certos problemas. Yepes faz o maior alerta:

“os riscos de saídas autoritárias e antidemocráticas são importantes, pois cada vez mais a sociedade começaria a confiar em homens providenciais para a restauração da virtude e a solução dos problemas” (ibidem).

Enfim, o olhar para as quatro pressuposições de Waldron para um sistema democrático e de direitos razoavelmente saudável pode contribuir muito para o diagnóstico do caso brasileiro. Repetindo-as: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer as ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2010, p. 106-16). Waldron lembra, por diversas vezes, que sua crítica só é plenamente válida se essas pressuposições forem efetivas.

Infelizmente, mesmo com alguma generosidade para reconhecer a segunda e a quarta pressuposições, o que já pode soar um exagero, considerando as condições do acesso à justiça, por exemplo, é fatal aceitar que o Brasil não tem demonstrado ser o caso de validade da primeira e da terceira pressuposições. O problema central parece residir especialmente na primeira, que contamina as demais: as instituições

democráticas, apesar da estabilidade e da eleição por sufrágio adulto universal, ainda têm um grande déficit de representatividade. Suportam grupos que não levam os direitos a sério²³ e não raro demonstram não ter comprometimento com a ideia de direitos individuais.

Pode ser que essas instituições – supostamente – democráticas melhorem com o tempo. Mas pode ser também que sejam competentes em disseminar suas patologias pelo Supremo Tribunal Federal, que também não pode ser visto como perfeito, obviamente. Diante dessa situação, é preciso compreender que mesmo quando está do lado da democracia, o poder dos juízes não pode ser legitimado religiosamente. É essa legitimação que por vezes o torna útil à concretização dos direitos fundamentais, porque tem a chance de ser uma via democratizante incontestável mesmo por uma tirania majoritária. Mas não podemos assumir o risco: é preciso, a partir da vigilância institucional constante, torná-la necessariamente democrática e segura. Ou abandoná-la numa aposta democrática mais arriscada.

²³ Na fraseologia de Dworkin em DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 28, June 2007.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Role of the Supreme Court Symposium*, no. 1, 1957.

DAHL, Robert A. Que instituições requer a democracia em grande escala? *In: Sobre a democracia*. Brasília: Editora UnB. Capítulo 8; DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass. 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, n. 17, Nov. 2001

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, 2002.

MORESO, José Juan. Direitos e justiça procedimental imperfeita. *In: Racionalidade, Justiça e Direito: Ensaios em Filosofia do Direito*. / Roberto Bueno (org.). Uberlândia: EDUFU, 2013.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2010, vol.15, n.5 [citado 2014-07-02], pp. 2405-2414 .

RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Ática, 2000.

SCHUMPETER, Joseh. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. Capítulos XX e XXI, p. 297-344.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion os judicial power. New York University Press, 1995.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton, 1999.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, Dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Org. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 4, n. 6, 2007.